

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les outils de référence

Dusollier, Séverine

Published in:

Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs : à l'occasion des vingt ans du C.R.I.D.

Publication date:

1999

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 1999, Les outils de référence: les cartes au trésor de l'Internet. Dans *Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs : à l'occasion des vingt ans du C.R.I.D.*. Cahiers du CRID, Numéro 16, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 33-50.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Séverine Dusollier, "Les outils de référence: les nouvelles cartes au trésor de la société de l'information", in Cahiers du CRID, n°16, 1999, 20p.

Les outils de références: les cartes au trésor de l'Internet

1. Introduction

Chaque monde possède sa géographie propre. Internet, tout monde virtuel qu'il soit, n'échappe pas à la règle. Toutefois, à l'instar des mondes encore relativement inexplorés, les outils géographiques à notre disposition sont pour la plupart similaires à des cartes au trésor qui nous indiquent où trouver les ressources utiles, sans pouvoir encore dresser un panorama exact de l'ensemble du territoire¹. Les cartes restent parcellaires et se contentent dans un premier temps de localiser les informations et de dessiner les relations entre celles-ci. Noms de domaines, hyperliens, moteurs de recherche sont les plus connus de ces outils que je choisirai de nommer 'outils de référence'. Ils sont également désignés ailleurs sous les termes génériques de *hypermédia*, *location information tools* ou *information tagging*.

De la conception des cartes au trésor à leur appropriation et à leur commercialisation, il n'y a qu'un pas que certains opérateurs ont déjà franchi allègrement. Se développe ainsi un marché de la référence dont l'importance économique et stratégique va croissant. Comme tout marché nouveau, ses règles commerciales et éthiques restent encore à définir. Ces références, initialement assez neutres, suscitent de plus en plus de conflits à la fois quant au signe distinctif dont ils usent, et quant aux relations qu'ils instaurent entre différentes ressources du web. Ce sont ces questions juridiques nouvelles que je me propose d'aborder dans cet article.

2. Catégories d'outils de référence

Les outils de référence sont nombreux sur Internet et sont par nature appelés à se développer sans cesse. Dès lors, on ne peut que les définir de manière non exhaustive autour des fonctions essentielles que ces outils poursuivent. Les fonctions suivantes caractérisent principalement les outils de référence sur lesquelles se base cet article :

- l'outil de référence a tout d'abord une fonction *locative*. Il s'agit de trouver la ressource sur Internet et de la localiser.

¹ Des études montrent que les moteurs de recherche ne répertorient pas plus de 16 % des ressources du web.

- l'outil de référence tend également à attribuer *un pouvoir distinctif* à certaines ressources tant en les répertoriant qu'en les mettant en valeur. L'objectif est de rendre *visible* une ressource jusque là invisible.
- enfin, l'outil de référence gratifie les ressources d'une force de *séduction* et d'*attraction* en aiguillant vers elles l'utilisateur, parfois à son insu.

Certains mécanismes ou technologies peuvent être considérés comme des références en soi sur les réseaux électroniques, d'autres sont des outils qui utilisent et répertorient celles-ci. Toutefois, cette distinction, bien qu'importante d'un point de vue typologique, est ici superflue. Dès lors, références proprement dites et outils de références sont indifféremment repris dans la liste suivante:

- **noms de domaine**: les noms de domaine sont les formulations en langage commun des adresses IP des ressources d'Internet, tels que www.fundp.ac.be ou www.microsoft.com. Ils constituent le premier type de localisation et de référence utilisé sur Internet. Je n'aborderai pas ici les problèmes juridiques que les noms de domaine ont suscité ces dernières années², si ce n'est en relation avec les questions similaires posées par la seconde génération de références. Il est intéressant de noter néanmoins que ce sont les précurseurs du sujet principal de cet article qui est l'appropriation des références sur Internet.
- **hyperliens** : Les hyperliens sont "*l'indication interactive de la coordonnée d'une page web*"³. Ils constituent les fils de la toile à proprement parler dans la mesure où ces hyperliens établissent des connections entre les différentes ressources du Web. Différentes sortes d'hyperliens se retrouvent sur Internet :
 - ➡ outlink : l'outlink enregistre l'adresse électronique du site de destination, cliquer sur ce lien envoie l'adresse au navigateur qui dirige alors l'utilisateur sur ce site. Il s'agit du type d'hyperlien le plus usité et le plus connu. Il apparaît sur les pages web sous la forme de texte souligné et dans une autre couleur.
 - ➡ in-line link : Un lien in-line est un pointeur vers un document, une image, une séquence sonore ou tout autre type de média situé à un autre endroit du Web , mais 'appelé' sur le site liant de telle manière que le média lié s'affiche sur ce dernier. En d'autres mots, le visiteur du site voit sur cette page une image ou un texte qui vient en réalité d'une autre page web. Par exemple, le logo des Facultés de Namur qui se trouve sur les pages du CRID, provient en réalité d'une autre page web et n'a pas été réellement reproduit et installé sur la page spécifique du CRID.

² "La gestion des noms et adresses de l'Internet: Questions de propriété intellectuelle", Rapport final concernant le processus de consultation de l'OMPI sur les noms de domaines de l'Internet, 30 Avril 1999, disponible sur <<http://wipo2.wipo.int>>

➔ **framing** : On parle de framing lorsque le matériel d'un lien in-line apparaît dans la bordure d'une page du site liant. La page est ainsi divisée en plusieurs espaces ou 'frames'. Le site liant est parfois appelé le "para-site" avec une dénotation évidemment péjorative⁴.

- **méta-informations et autres configurations d'une page web en HTML** : Toute information à propos d'une ressource du web lisible par la machine peut être considérée comme relevant de la méta-information. Sa composante la plus connue est le métatag qui s'incorpore dans la composition d'une page web comme les mots-clés ou la description pertinente du contenu de cette page. A titre d'exemple, la page d'accueil de la Faculté de Droit de Namur intègre dans son code source la description du contenu de la page soit "Présentation de la faculté de droit et de ses centres de recherches", ainsi que les mots-clés suivants: droit, candidature, informatique, vie privée, contrat, responsabilité, audiovisuel, droit d'auteur, systèmes experts, bases de données juridiques, sécurité d'existence, enseignement, gestion, technologie, information, troisième cycle. Ils ne constituent pas à proprement parler des références ou des localisations sur Internet mais sont principalement utilisés par des outils tels que les moteurs de recherche pour référencer les pages web. Ainsi le moteur de recherche explore le code source des sites web qu'il visite en y recherchant le titre, les métatags ainsi que les mots même du texte. Dès lors, de nombreux concepteurs de pages web veillent à ce que certains mots apparaissent dans les métatags ou dans les premières lignes du texte de la page afin de se faire remarquer par les moteurs et surtout indexés soit de manière exacte, soit dans une catégorie voulue qu'un examen plus minutieux du site leur refuserait.
- **moteurs de recherche, index et métasites** : ces outils de références ont pour objectif de fournir de l'information et de rechercher du matériel sur Internet. Ces services utilisent des agents électroniques nommés crawlers ou spiders qui prospectent le réseau, font des copies temporaires du matériel trouvé et créent des index. Les moteurs de recherche puisent dans ces index les ressources correspondant au terme de recherche introduit par l'utilisateur. Certains proposent également la consultation de l'index même, qui consiste le plus souvent en une arborescence de liens par pays et par secteur d'activités ou de services. Certains sites se sont spécialisés dans la création d'index et de collections de liens sur un sujet précis, tels que par exemple, les ressources juridiques sur le Net, les fichiers musicaux MP3, le cinéma ou la pêche à la ligne. Certains logiciels offrent également une recherche en surfant automatiquement sur le Net selon les préférences déterminées par l'utilisateur, en collectant

³ Définition donnée par le site CIPertexte, < <http://www.droit.umontreal.ca/~farassef/cipertexte/index.html> >

les pages de sites intéressantes et en les copiant sur le disque dur de l'utilisateur. Ce travail se réalise souvent la nuit lorsque le coût de connexion est moins cher, ce qui permet à l'internaute de consulter ces pages off-line bénéficiant ainsi d'une plus grande vitesse de consultation et surtout de plus de souplesse et de temps.

- **portails**: les portails se développent sur Internet afin de proposer à l'utilisateur un point d'entrée au réseau sur lequel il trouverait déjà une série de services et un premier répertoire d'autres ressources. Il s'agit en quelque sorte de guichets uniques soit généralistes⁵, soit spécifiques à un sujet ou au type d'activités de l'utilisateur⁶. Ces portails ont une importance économique et stratégique croissante et visent à offrir aux utilisateurs un accès au réseau 'clé sur porte' et contenant les services primaires dont celui-ci aurait besoin, tels que emails, moyen de paiement électronique, agenda, prévisions météorologiques, service de fax, etc.
- **bannières publicitaires** : Les bannières publicitaires sont des bandeaux apparaissant sur les pages web et vantant les qualités d'un produit ou d'un service. Cliquer sur ces bannières renvoie au site commercial dont la publicité est issue. Il nous semble pertinent de ranger les bannières publicitaires dans la définition des outils de référence dans la mesure où celles-ci guident l'internaute vers des sites commerciaux spécifiquement sélectionnés. Il ne s'agit donc pas d'afficher des références à des vendeurs ou prestataires de service de manière indifférenciée mais bien de mener les clients potentiels vers le site ou l'information qu'ils cherchent.

Nous avons déjà dit que cette liste ne prétend pas à l'exhaustivité. On pourrait notamment considérer que les labels utilisés par les systèmes PICS⁷ sont des outils de référence dans la mesure où ils permettent une sélection des contenus sur Internet et guident de ce fait l'utilisateur vers certains sites qui correspondent à l'échelle de valeur qu'il a lui-même déterminée, au détriment d'autres sites exclus par le système.

⁴ D. HAYES, "Advanced copyright issues on the Internet", note 250, disponible sur <http://www.fenwick.com/pub/copyright_internet.htm>(consulté le 22 juillet 1999)

⁵ C'est le cas notamment de la page d'accueil de Yahoo ou de celle de Netscape Center.

⁶ On parle alors de portails ou vertical trade community qui offrent des informations ou des services spécifiques à un secteur économique particulier.

⁷ A. LIVORY, "CEE, contrôle du contenu circulant sur Internet : une approche particulière, le contrôle par l'utilisateur et le système PICS", D.I.T., 06/1997, n° 97/2, pp. 52-54

3. Responsabilité quant à la référence

3.1. Problématique

La question essentielle est ici de savoir s'il est toujours légitime d'établir une référence à une autre ressource de l'Internet. Peut-on tout lier et dans toutes les circonstances ? Peut-on à mon insu faire référence à mon site ou utiliser mes signes distinctifs pour référencer un tiers ? Quel est la nature du rapport qu'instaure un outil de référence entre deux ressources ? Alain Strowel parle de "liaisons dangereuses"⁸ à propos des hyperliens. Les hyperliens ont en effet suscité les premiers litiges à ce propos⁹, au grand dam souvent de la Communauté Internet pour qui, tout naturellement, le ferment du Web étant les liens, il était ridicule de même songer à leur interdiction.

Pourtant, ce serait verser dans l'angélisme que de prétendre que tout peut se lier à tout, doit être lié partout et que cette infrastructure, cette ossature première est totalement neutre et ne sert qu'à 'faire tenir la baraque'. Loin d'être neutre, chaque type de référence évoquée plus haut a une valeur en soi. Souvent, il ne s'agit pas uniquement de lier deux ressources, mais également d'exprimer la nature de l'alliance ainsi nouée.

Ceci n'implique pas que le site référencé puisse dans tous les cas contrôler la mise en place de la référence, mais que lorsque le lien lui porte préjudice, certains moyens juridiques, que nous allons aborder dans un instant, restent à sa disposition.

3.2. Droit d'auteur

Le droit d'auteur a souvent servi de première arme dans les litiges d'hyperliens¹⁰. Outre des conflits à propos d'un hyperlien particulier vers un contenu protégé spécifique, certains titulaires de droits d'auteur sur des oeuvres protégées commencent à demander une rémunération pour tout lien effectué vers leurs oeuvres. Ainsi, aux Etats-Unis, l'ASCAP, société collective relative aux oeuvres musicales, a envoyé une série de lettres aux webmasters exigeant une contrepartie financière lorsqu'ils établissent un lien vers de la musique on line¹¹. Même si la société d'auteur affirme n'entamer des poursuites que s'il s'avère que le lien réfère en réalité à de la musique qui se trouve sur le même serveur, le seul envoi de cette lettre semble avoir effrayé pas mal de webmasters qui se sont empressés de désactiver le lien litigieux, le plus souvent dans une grande colère face à ce qu'il ressentaient comme une politique du plus fort.

⁸ A. STROWEL, Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des hyperliens, A&M 1998/4, p.296.

⁹ Pour une liste très complète des litiges dans ce domaine, voir J. KUESTER & P. NIEVES, "Hyperlinks, frames and meta-tags: an intellectual property analysis", 38 IDEA: J.L. & Tech. 243, 1998, p. 24 et suiv..

¹⁰ Affaire Shetland News, Court of session : Outer House, (1996) Outer House Cases, Oct. 24, 1996; voir pour une analyse des moyens de droit d'auteur, voir A. STROWEL, op.cit, p. 302 et suiv.

Il me semble toutefois que l'argument suivant lequel l'établissement d'un lien constituerait un acte d'exploitation de l'œuvre soumise à l'autorisation de l'auteur, a souvent été un coup d'épée dans l'eau. En effet, insérer un lien ne constitue pas une reproduction de l'œuvre liée puisque la référence en elle-même n'effectue aucune fixation de l'œuvre mais se contente d'indiquer où la trouver. C'est parfois moins clair pour les liens in-line ou les frames pour lesquels la ressource liée est appelée dans le site liant sur lequel elle apparaît alors, sans qu'à première vue le visiteur puisse distinguer les éléments qui proviennent du site même ou non. Pourtant, même dans ce cas, ce n'est que lorsque l'utilisateur consulte la page du site liant que l'ordinateur va chercher l'image ou le texte lié à un autre endroit et l'installe sur la page. La seule reproduction, en l'occurrence, se réalise à l'initiative de l'internaute et sur la mémoire vive de sa machine.

C'en est parfois confondant. Par exemple, Alta Vista a développé un moteur de recherche permettant de trouver des images sur Internet. Un fois saisi le thème de recherche, le moteur affiche les résultats sous forme d'une liste de vignettes reprenant les images trouvées. Reproduction ? Non, si ce n'est dans le chef de l'utilisateur, même si la page semble à première vue reproduire chaque image.

Si reproduction il y a, sans doute faudrait-il la trouver du côté du droit d'adaptation ou de la reproduction intellectuelle des œuvres¹². Ne pourrait-on en réalité considérer que la page web construite sur base d'appels d'autres œuvres par des liens constitue une œuvre dérivée ? Même si la réalisation effective de la page se réalise concrètement à chaque visite d'un utilisateur, l'œuvre dérivée que constitue la page, a été conçue par le dessinateur du site comme un tout incorporant les œuvres liées. Un site web n'est finalement qu'une oeuvre collective 'virtuelle' comprenant toutes les images et textes lisibles et visibles par l'utilisateur. Les liens nécessitent une incorporation, au moins au sens virtuel, du matériel lié dans cette oeuvre collective, donc créant une oeuvre dérivée. Un argument de ce point de vue serait que le matériel lié accentue la valeur du site liant. Le droit moral d'intégrité aura évidemment un rôle important à jouer dans ce cadre.

L'argument du droit d'adaptation est sans doute plus faible en ce qui concerne les out-links ou les résultats de recherche produit par une machine de manière totalement automatisée. Recourir aux autres prérogatives de l'auteur est également difficile¹³. Il ne me paraît pas justifié de prétendre qu'attirer l'attention sur une œuvre par le biais d'un lien puisse valoir comme mise à la disposition¹⁴ ou communication au public. La simple référence à une œuvre n'équivaut pas, selon moi, à un nouvel acte de mise à la disposition.

¹¹ P. SPRENGER, "Music licensor shakes down web", Wired News, 1er juillet 1999, <http://www.wired.com/news/> (consulté le 22/7/99)

¹² Cet argument est souvent avancé par les juristes de droit américain qui parle alors de 'derivative work', voir HAYES, op.cit.

¹³ voir également les arguments du côté de la défense, notamment le recours à une licence implicite, A. STROWEL. op.cit., p. 301-302.

¹⁴ Selon la terminologie et la définition de ce droit dans les Traités OMPI de décembre 1996 et dans la proposition de directive européenne sur l'harmonisation du droit d'auteur dans la société de l'information.

En revanche, on assiste depuis peu à une nouvelle offensive des titulaires de droit d'auteur en matière d'hyperliens sur base de la responsabilité ou de la complicité à la violation de droit d'auteur commise par des tiers. L'IFPI, fédération internationale des producteurs de phonogrammes, poursuit notamment un concepteur de logiciel permettant de rechercher des fichiers MP3 sur Internet, fichiers dont il est notable que la majorité sont mis à la disposition du public sans la moindre autorisation des titulaires de droit. Dans ce cadre, la connaissance du caractère litigieux du matériel lié devrait être un élément clé pour déterminer la responsabilité du site liant, ainsi que le bénéfice éventuel qu'il retire de ce lien. Par exemple, indiquer des sites MP3 en connaissance de cause ou en retirant une promotion personnelle substantielle me paraît pouvoir entraîner une certaine responsabilité dans la violation du droit d'auteur qui s'ensuit.

Une approche similaire a été suivie par un jugement allemand qui a notamment considéré qu'établir un lien vers un site américain dans le seul but de procéder à de la publicité comparative interdite en Allemagne, constituait une violation de la loi allemande à ce titre¹⁵.

3.3. Responsabilité civile, concurrence déloyale et droit des marques.

La responsabilité civile et les pratiques du commerce sont les outils les plus utilisés pour poursuivre et sanctionner les liaisons indécates en matières de références. Ainsi, les métatags sont utilisés comme des balises pour signaler aux moteurs de recherche quel est le contenu du site qu'ils visitent. Il s'agit là aussi d'un outil de référence qui peut être utilisé à bon ou à mauvais escient. La plupart des sites web incorporent dans l'écriture de leurs pages des mots clés qui reflètent fidèlement leur description. D'autres usent des métatags soit pour attirer l'utilisateur qui cherche un site plus connu ou renommé, soit pour déjouer les technologies filtrantes. Ce dernier objectif est notamment le cas pour des sites pédophiles qui incorporent dans leur métatags des mots clés beaucoup plus innocents, tels que "bambi" par exemple. Ceci multiplie la difficulté des services de police pour identifier ces sites illicites et peut également permettre à ces sites de passer les mailles de filets tressés par les systèmes filtrants qui bloquent l'accès à certains sites suivant une présélection des utilisateurs. C'est également une astuce qui est connue des utilisateurs de ce type de sites qui peuvent alors retrouver facilement leur destination.

Un autre genre de pratiques a suscité quelques litiges récents, lorsqu'un site incorpore dans sa page web des métatags reprenant la marque de son concurrent afin d'attirer les clients potentiels de ce dernier sur son propre site. Récemment, un juge américain a tranché un litige de la sorte opposant deux

¹⁵ Landgericht Frankfurt, 27 mai 1998, disponible sur <<http://www.netlaw.de/urteile/lgf-6.htm>> (consulté le 25/7/99)/

concurrents dont l'un avait incorporé la marque de l'autre dans ses métatags¹⁶. Le juge a considéré qu'un tel usage équivalait à reprendre la marque dans une enseigne commerciale et constituait un détournement de clientèle.

Dans une autre affaire, *Playboy Entreprises Inc. v. Calvin Designer Label*¹⁷, un fournisseur de service sur Internet avait truffé son site et le code source de celui-ci de références à Playboy, qui constitue un mot de recherche fréquemment usité. Il avait également enregistré les noms de domaines *playboyxx.com* et *playmatelive.com*. Le tribunal a interdit d'utiliser la marque 'Playboy' de quelque manière que ce soit, ceci incluant les métatags. Par contre, dans un autre litige impliquant la firme Playboy, le tribunal a considéré que l'insertion des termes *playboy* et *playmate* dans les métatags de la page personnelle d'une ancienne *playmate*, ne constituait pas un usage illicite de la marque dans la mesure où ces termes appartenaient à la personnalité de la jeune femme et étaient fondés à la caractériser¹⁸.

En droit belge, la création d'une confusion entre les produits, services de deux entreprises ou entre la renommée de celles-ci constitue un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, sur base des articles 93 et 94 de la loi sur les pratiques du commerce. Plus spécifiquement, le fait de tirer indûment profit de la renommée¹⁹, des efforts créatifs et financiers déployés par un concurrent²⁰, ou du courant d'achat établi en faveur d'articles commercialisés par ce dernier²¹, pourraient être sanctionnés sur cette base.

Exploiter la réputation d'autrui, par exemple en créant une association entre son produit et celui d'un concurrent ou en faisant croire à l'existence de relations contractuelles privilégiées serait pareillement condamnable. En droit français, lorsqu'une entreprise tente de promouvoir ou de décrire sa propre prestation en se référant à celle d'un concurrent par l'utilisation du signe distinctif de ce dernier de façon à faire croire que sa prestation est de même qualité que ce dernier, les tribunaux condamnent cette pratique sur base de la théorie du 'rattachement indiscret'²². L'application de cette théorie aux métatags serait particulièrement intéressante.

Si l'association se réalise par l'emploi d'une marque déposée²³, L'article 13 A, 1, d) de la Loi Uniforme Bénélux sur les marques permet au titulaire d'une marque de s'opposer à *"tout usage qui, dans la vie des affaires et sans juste motif, serait fait de la marque ou d'un signe ressemblant*

¹⁶ *Brookfield Communications Inc. v. West Coast Entertainment*, Us Court of Appeal, 9th Circuit, 22 avril 1999, n° 98-56918. disponible sur <<http://www.vcilp.org/Fed-Ct/Circuit/9th/opinions/9856918.htm>>; voir également affaires citées dans J.

KUESTER & P. NIEVES, op.cit.

¹⁷ <<http://www.jmls.edu/cyber/cases/calvin1.html>> (consulté le 22/7/99)

¹⁸ *Playboy v. Terri Welles*, 9^{ème} district Californie, 20 octobre 1998, voir E. WERY, Marques protégées et métatags : Playboy débouté, D&NT Janvier 1999, <<http://www.droit-technologie.org>>

¹⁹ DE CALUWE, DELCORDE ET LEURQUIN, "Les pratiques de commerce", Bruxelles, 1973 (édition sur feuillets mobiles, 1991), n° 632, p. 705

²⁰ M. BUYDENS, La protection de la quasi-crédation, Bruylant 1993, p. 720

²¹ Cour de Paris, 24 avril 1988, cité par Buydens, ibidem.

²² M. BUYDENS, op.cit., p. p. 734

autrement que pour désigner des produits, lorsque l'usage de ce signe tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porterait préjudice". L'emploi dans la vie des affaires a été définie par la Cour de Justice du Bénélux²⁴ comme l'usage de la marque ou du signe par une personne, concernant ses propres marchandises ou services, pour en favoriser le commerce ou la prestation ou pour désigner sa propre entreprise. Ainsi dissimuler la marque d'un concurrent dans le code source de sa page web pour attirer les visiteurs serait un usage illicite de la marque. Le fait que l'emploi de la marque se réalise de manière furtive ne me paraît pas être un obstacle à l'application de la loi Uniforme dans la mesure où cette invisibilité participe paradoxalement à la nature même du mécanisme de visibilité sur Internet, et donc de la désignation de l'entreprise et de ses activités.

Quant au préjudice, il doit consister en une diminution du pouvoir d'inciter à l'achat²⁵, ce qui peut consister soit en une diminution du pouvoir distinctif de la marque par dilution, soit en une atteinte à son pouvoir publicitaire par une utilisation dégradante. Ce dernier point serait le cas d'une utilisation de la marque Disney ou Bambi dans un métatag sur un site pornographique. Ici l'atteinte à la marque se réalise sur la fonction de symbole et sur l'émotionnel qui accompagne parfois certaines marques, au point de se détacher du produit lui-même.

Quant à la dilution de la marque, on peut facilement considérer que l'indexation d'un site dans certaines catégories de produits ou de services renommés par le jeu faussé des métatags est susceptible de diminuer la tentation d'achat des produits renommés dont le caractère distinctif se diluerait face aux produits similaires ou non de ses concurrents indéliçats.

La loi uniforme Bénélux sur les marques prévoit explicitement que l'usage peut être notamment l'offre ou la mise dans le commerce des produits sous ce signe ou l'utilisation du signe dans les papiers d'affaires ou la publicité. La construction de la page web proposant des produits ne constitue-t-elle pas une modalité de la mise dans le commerce ? Si l'on soutient que la visibilité sur Internet est une nécessité du commerce électronique, l'insertion de méta-information dans les pages html ne peut qu'être considéré que comme un usage visant à mettre ses produits sous la marque protégée dans le marché électronique.

Le règlement Européen en matière de marques²⁶ établit une protection similaire, toutefois limitée aux marques renommées.

4. Cas particulier : Les bannières publicitaires et les mots-clés sur Internet

²³ Affaire SAFIC/Distimart, TGI Paris, Réf. 4 août 1997, Au fil du Net n° 14, Gaz. Pal., 15/3/98, p. 25

²⁴ CJB arrêt Hagens Tranporter, aff. 81/5, 29 juin 1982, Rec. 1981-1982, p. 40

²⁵ CJB 1er mars 1975, Ing. Cons. 1975, p. 73

²⁶ Règlement 40/94/CE du Conseil sur la marque communautaire du 20 décembre 1993, JO L11/1, 14 janvier 1994

L'insertion de bannières publicitaires sur une page web est devenue une source de revenus substantielle pour la plupart des services offerts gratuitement à l'internaute tels que les moteurs de recherche, les services concentrés par les portails ou les sites d'information gratuits. Si l'on songe que le portail mis en place par Nestcape a récemment dépassé le chiffre de 10 millions de membres, on comprend mieux pourquoi l'espace publicitaire créé par Internet est une cible rêvée des firmes commerciales et des publicistes. D'autant plus que le web permet une publicité beaucoup plus ciblée. En effet, le marché de la publicité sur les pages web se réalise généralement de la manière suivante. Les principaux moteurs de recherche et autres portails concluent des contrats publicitaires avec des firmes commerciales afin que les bannières de ces dernières apparaissent lorsque certains mots clés sont tapés par l'utilisateur dans la case de recherche. Ainsi, si vous cherchez des informations sur une voiture, l'insertion du mot 'car' ou 'voiture' fera certainement apparaître une publicité de la marque automobile qui a, à ce moment, conclu un contrat avec le moteur de recherche. En réalité, ces contrats sont négociés avec une firme dite de cybermarketing ou cyberadvertising qui joue le rôle d'acheteur d'espace publicitaire sur les sites concernés et les revend à ses clients. Le grand avantage de ces espaces, contrairement à la publicité passive qui apparaît en rue ou à la télévision, est sa capacité à atteindre un public très ciblé. Les mots clés que l'internaute introduit, ainsi que son parcours antérieur sur le web (la suite de sites qu'il a visités avant d'accéder au site où figure la publicité) sont transmis automatiquement à la firme de cybermarketing, en vertu du contrat d'achat d'espace. Ce qui lui permet de réaliser un profilage assez précis de l'utilisateur qui va recevoir la publicité. Ce profilage est accentué par l'utilisation de 'cookies'²⁷ qui permettent de reconnaître un utilisateur d'une connection à l'autre.

Les critères utilisés par les cybermarketteurs pour réaliser ce profilage²⁸, critères qui lui sont majoritairement envoyés automatiquement par le moteur de recherche, sont le pays de résidence de l'utilisateur, le domaine auquel il appartient (.com, .edu, .org, .be), le secteur dans lequel opère son employeur s'il se connecte depuis son lieu de travail, le nom de cette société, sa taille et son chiffre d'affaires, le type de navigateur et le système d'exploitation de son ordinateur, ainsi que le nom du fournisseur d'accès.

A titre d'exemple, Double Click, société pionnière dans ce domaine, possède un fichier de 10 millions d'utilisateurs par an et ajoute environ 100.000 profils nouveaux par jour. Ceci pose de sérieux problèmes de protection de la vie privée que nous n'aborderons pas ici²⁹. En Belgique, cette activité de cybermarketing est principalement assurée par RMB Online, qui propose des ventes ou des échanges d'espace publicitaires principalement sur les sites belges.

²⁷ S. GAUTHRONET & F. NATHAN, On-line services and data protection and the protection of privacy, Etude réalisée pour le compte de la Commission Européenne, DG XV, p. 31

²⁸ *ibidem*

²⁹ voir J.-M. DINANT, Les traitements invisibles sur Internet, <<http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/luxembourg.html>> (consulté le 2 août 1999)

Ce mécanisme n'est pas sans poser quelques questions juridiques inédites. L'élément essentiel de ces questions est l'usage des mots clés par l'internaute. Il semblerait que les cybermarketteurs, voire même directement les moteurs de recherche, vendent certains mots clés à leurs clients ou plutôt conviennent que l'insertion de tel mot par l'utilisateur entraînera l'affichage de telle bannière. Or, ces mots clés, dans certains cas, consistent en des marques protégées. Des litiges commencent d'ailleurs à apparaître aux Etats-Unis. La firme de cosmétiques Estée Lauder poursuit le moteur de recherche Excite pour avoir "vendu" les mots clés 'Estée Lauder', marque dont la firme est titulaire, à sa concurrente Fragrance Counter. En effet, lorsque l'internaute introduit ces mots dans la case de recherche d'Excite, la bannière apparaissant est celle de Fragrance Counter, site de vente de parfums on-line.

Ce litige dévoile une pratique et des mécanismes encore largement inconnus. Un site sur Internet permet d'ailleurs de s'exercer à ce petit jeu³⁰ : il suffit d'introduire sa marque ou n'importe quel autre mot pour voir apparaître les publicités alors affichées par les plus grands moteurs de recherche. On peut dès lors facilement vérifier si un concurrent profite de sa marque pour envoyer sa publicité. J'ai fait le test en introduisant le mot Disney. La majorité des bannières sont bien celles de la compagnie de dessins animés. Pour certains moteurs cependant, des publicités de vente on-line de vidéocassettes ou de jouets apparaissent.

Il ne faudrait pourtant pas crier trop vite à la violation du droit des marques. Disney n'a sans doute pas conclu un contrat publicitaire couvrant tous les moteurs de recherche. En conséquence la firme publicitaire fonctionnant sur les autres cherche à adresser à l'internaute une publicité proche du sujet de sa recherche, sans d'ailleurs que cela soit forcément celle d'un concurrent direct de Disney.

Dans le cas d'Estée Lauder, il est probable que le contrat passé entre la société de cyberadvertising et son client ne porte pas sur des mots clés précis mais engage le publicitaire à lier la promotion de son client à tout mot clé ou profilage pertinent de l'utilisateur. Double Click a sans doute introduit les marques de différentes sociétés de cosmétiques et parfum dans la rubrique 'parfums' de sa base de données. Lorsqu'il reçoit un mot clé appartenant à cette rubrique, le système sélectionne automatiquement le client du moment qui appartient à ce secteur.

Cependant, une action sur base du droit des marques ne serait-elle pas fondée dans certains cas précis ? Comme pour les métatags, il s'agit clairement d'une utilisation dans la vie des affaires, par le biais de la publicité, ce qui rencontre une des définitions de l'usage donné aussi bien par la loi Bénélux que par le règlement européen en matière de marque communautaire.

Quant au préjudice, rappelons qu'il doit consister en une diminution du pouvoir d'inciter à l'achat soit par une diminution du pouvoir distinctif de la marque par dilution, soit par une atteinte à son

³⁰ <http://bannerstake.thomson-thomson.com>

pouvoir publicitaire par une utilisation dégradante. On peut facilement admettre à mon sens que dans le cas d'Estée Lauder, le fait d'envoyer un client potentiellement intéressé par les produits de cette marque sur le site d'un concurrent est susceptible de diminuer la tentation d'achat des produits Estée Lauder au profit de ceux de la firme concurrente. Dans ce cas, la marque a en effet perdu son pouvoir distinctif, lorsqu'utilisée comme mot clé, elle se fond dans une catégorie plus générique d'un secteur économique.

L'utilisation de la publicité pour détourner la fonction distinctive de la marque me paraît crucial. En effet, outre sa fonction d'identification des produits ou services, la marque joue aussi un large rôle de communication, de promotion des produits³¹. Dès lors, la promotion d'un service ou d'un produit concurrent suite à l'appel clair du consommateur pour la marque est une violation du droit des marques évidente. En conséquence, la négociation sur le mot clé qui pourrait se dérouler entre un moteur de recherche ou une firme de publicité et un site web commercial ne pourrait porter sur une marque. En revanche, le cas de l'insertion de marques dans une catégorie de mots se référant à un secteur économique précis me paraît plus délicat, dans la mesure où il ne s'agit pas là d'utiliser la marque pour désigner les activités d'un concurrent précis mais bien de constituer une base de données généralement à disposition de plusieurs demandes publicitaires. Dans ce cas, la firme ne fait pas usage de la marque d'un tiers dans le but avoué de tirer profit de sa réputation. Bien au contraire, les mécanismes sur lesquels la sélection et l'affichage de sa bannière publicitaire trouvent leur assise, se réalisent souvent à son insu.

Par ailleurs, un jugement récent américain a débouté la firme Playboy de son action contre le moteur de recherche Excite et le navigateur Netscape pour utilisation illicite de sa marque. Pourtant, Excite semblait vendre le mot clé 'Playboy' à toute une série de sites pornographiques dont la bannière publicitaire apparaissait lors de toute recherche effectuée sur ce terme. Playboy a en vain plaidé la dilution de sa marque, le magistrat estimant que les mots Playboy et Playmate étaient rentrés dans le langage courant et pouvaient servir à ce titre de mots clé et de référence à ce type de contenus et services³². La justification de cette solution discutable semble avoir été de ne pas autoriser un monopole sur les mots clés sur Internet. Ce magistrat anticipe de la sorte la profusion de litiges qui risquent de surgir de la croissante utilisation de mots clés comme références sur Internet, ce qui forme le sujet du point suivant.

Rappelons également qu'un autre outil pourrait empêcher l'utilisation d'une marque dans ce type d'appel à publicité. En Belgique, outre la jurisprudence condamnant toute association créant un risque

³¹ Ch. GIELEN, De beschermingsomvang van merkenrecht, in *Algemene problemen van merkenrecht*, F. Gotzen (ed.), Bruylant 1994, p. 139

³² W. MARINACCIO, Playboy loses trademark suit, *New York Times*, 20 juillet 1999, disponible à <http://www.nytimes.com/cent/CENT_0_4_39496_00.html> (consulté le 25 juillet 1999)

de confusion, la publicité contenant une référence à autrui non nécessaire et susceptible d'induire en erreur le consommateur, est interdite en vertu de l'article 23,8° de la loi sur les pratiques du commerce.

5. L'utilisation de mots clé par les navigateurs

Les navigateurs récents tels que Netscape Communicator 4.5 ou Microsoft Explorer 5.0 incorporent un outil technique qui permet de taper un mot clé dans l'emplacement réservé normalement à l'insertion du nom de domaine du site que l'on souhaite atteindre. Le navigateur entraîne alors l'internaute vers le site qui lui semble correspondre le mieux au mot demandé. Ainsi on pourrait imaginer que pour atteindre le site des facultés universitaires de Namur dont le nom de domaine est <http://www.fundp.ac.be>, il suffirait d'indiquer 'université namur' dans l'espace réservé à cet effet. En conséquence l'utilisateur ne serait plus autant dépendant des noms de domaine pour atteindre des sites web mais pourrait recourir aux mots clés pour localiser les services qu'il cherche. Un logiciel développé par la firme Centraal, du nom de RealName³³, est également incorporé sur certains outils de recherche pour la même fonction. Ce système a ceci de particulier qu'il détermine les sites probablement recherchés par les utilisateurs en fonction de la langue selon laquelle ils ont conformé leur navigateur. Ainsi l'insertion du même mot est susceptible d'aiguiller les utilisateurs belge ou américain sur des sites différents.

Si cette pratique se généralise, la problématique des noms de domaines et les conflits que ceux-ci ont suscités face aux marques ne seront rien à côté de la future bataille³⁴ que se livreront les marchands de l'Internet pour obtenir certains mots clés. L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (ci-après OMPI) a déjà pressenti l'orage qui s'annonce dans ce domaine. Dans son rapport sur les noms de domaine d'avril 1999, on peut lire "*[les mots clés] risquent d'entraîner la même ruée que les noms de domaine, si les intérêts commerciaux et autres cherchent à s'approprier les mots clés ayant la plus grande valeur. Les pratiques et les procédures permettant d'obtenir des mots clés et le mode de fonctionnement des systèmes à mots clés risquent de causer des difficultés semblables à celles que l'on connaît actuellement avec les noms de domaine*"³⁵.

Actuellement les mots clés semblent avoir été attribués à l'initiative de l'opérateur du système. Mais tout laisse à penser que l'objectif des systèmes de navigation à moyen terme est d'attribuer contractuellement ces mots clés à des fournisseurs de services sur Internet, sans doute moyennant une contrepartie financière. C'est déjà la politique affichée de RealName qui a plus de 20 000 clients qui souscrivent à l'utilisation d'un mot clé contre une somme annuelle de 100 dollars.

³³ The game of the name, The Economist, 31 juillet 1999, p. 72. Ce système est notamment utilisé par Alta Vista.
<<http://www.realname.com>>

³⁴ 10 millions d'internautes utilisent Real Name chaque mois, chiffre qui sera probablement multiplié par 10 dans 6 mois, ce qui démontre à suffisance l'enjeu de la bataille.

³⁵ Rapport OMPI, op.cit, chapitre 5

Certains systèmes permettent dès à présent le partage de mots entre plusieurs compagnies et affichent dès lors une liste d'hyperliens vers les différents sites liés au mot clé introduit, tandis que d'autres accordent l'exclusivité du mot en question. En conséquence les mots clés qui constitueraient des marques protégées différentes ou sur différents territoires ne pourraient matériellement être utilisés comme substituts aux noms de domaine que par un seul titulaire. Ce problème d'unicité était déjà présent dans le cas des noms de domaine où cependant l'adjonction des suffixes ou domaine de premier niveau ou géographiques, tels que .com, .edu, .fr, .be permettaient de diversifier l'utilisation de la même marque, par exemple sur des territoires différents. Ce qui ne sera pas le cas pour les mots clés. L'exemple suivant est donné dans le rapport OMPI : plusieurs entreprises de télécommunications, localisées dans des régions différentes du monde, ont enregistré des noms de domaine contenant l'élément "telecom", tels que Symmetricom (www.telecom.com), Telecom UK (www.telecom.co.uk), TWX Telecom (www.telecom.de), Telecom srl (www.telecom.it). Or, insérer le mot telecom dans la case réservée au nom de domaine ne mène l'utilisateur que sur le site du premier, société américaine, qui appartient au domaine convoité de .com.

Une difficulté supplémentaire est que les navigateurs peuvent attribuer contractuellement ou de leur propre initiative des mots clés protégés par une marque à une personne autre que son titulaire. Le cas d'Estée Lauder risque de faire de nombreux petits...

D'autre part, que penser de l'attribution de mots clés consistant en des noms très communs tels que 'car', 'computer', 'movie' ? Le mot 'book' est ainsi lié au site de Barnes & Nobles, concurrent d'Amazon.com dans la vente de livres on line. Dans ce cas, ces mots sont totalement dénués d'un pouvoir distinctif lié à un site particulier, tout en ayant sans doute une valeur commerciale très grande, dans la mesure où il s'agit de ce genre de mots que le débutant, et donc une cible rêvée pour les sites web, sera tenté d'inscrire dans le navigateur, l'utilisant alors comme un moteur de recherche simplifié.

Alors que le débat sur les noms de domaines est en train de s'apaiser, on assisterait à un nouveau lieu de litiges d'une part pour le partage des signes distinctifs que constitueraient les mots clés et d'autre part, entre ces derniers et les marques. Toutefois, à la différence des noms de domaine, les éléments essentiels du débat seront concentrés entre les mains du marché, puisqu'ici, il n'est point question d'attribution des mots clés par une société déléguée à ce titre par les pouvoirs publics, mais bien d'une attribution régie par des acteurs privés sous les lois de l'offre et de la demande.

Pourtant l'intervention des pouvoirs publics nous paraît justifiée essentiellement dans la mesure où cette attribution se réalise actuellement par des entreprises en position dominante sur ce marché de la navigation ou de la recherche sur Internet, telles que Netscape, Microsoft, Excite ou Yahoo. En outre, si ces outils de localisation et de référence se généralisent sur le web, le danger est que la portion de la Toile en apparence visible et accessible se réduise fortement au risque d'étouffer la véritable richesse

du réseau pour le laisser aux mains des principaux acteurs commerciaux, probablement en majorité américains.

Cette intervention pourrait se réaliser par une disposition législative, ou à tout le moins par un contrôle des pratiques contractuelles qui se feront jour dans ce secteur sur base notamment du droit de la concurrence et des abus de position dominante.

Les principes suivants devraient constituer l'ossature de toute législation en ce domaine :

- les accords de licences de mots clés devraient être soumis à des règles de transparence;
- les droits de marque devraient être respectés et prévaloir sur l'attribution d'un mot clé. En cas de marques concurrentes détenues licitement par différents titulaires, les outils de navigation devraient afficher une liste des sites de ces différents titulaires;
- une information claire et accessible quant à la technologie des mots clés et à ses conséquences devrait être fournie aux utilisateurs;
- le choix du système des mots clés ou des noms de domaine devrait rester offert aux utilisateurs;
- l'Internet non-marchand devrait être assuré de bénéficier équitablement de cette nouvelle technologie.

Ces principes pourraient également être mis en œuvre par des codes de conduite ou d'autres initiatives d'auto-régulation.

Conclusion

" When you are born, you live in an expanding world. First you get used to your mother. Then you get used to your father. Then you get used to your brothers and sisters. You go to school and you get used to the school. You live in an expanding world. But when you are getting older, your world would start to narrow and the whole world is difficult to handle, you want it to decrease. As the years go by, you want your world to be smaller and smaller, because you don't have the strength to handle a whole world "

Paroles d'une vieille dame dans le film d'Anne Smolar, "Home Free", 1997.

Si dans l'enfance du web, nous avons pu progressivement nous habituer à son univers constamment en expansion, nous voilà maintenant réduits à ne pouvoir plus en saisir qu'une infime partie. D'où

l'intérêt des outils de référence, tels des cannes virtuelles, pour nous guider dans ce monde devenu trop grand.

Mais ces outils, tout en tentant de débroussailler le web et d'en dresser une impossible géographie, en sapent simultanément l'immensité même. Ils sélectionnent, rendent visibles, promeuvent et situent certaines informations ou ressources, et négligent, écartent ou gardent dans l'invisibilité des milliers d'autres. Au risque que la toile mondiale s'enfonce dans des limbes toujours plus gourmandes et ne laisse subsister à notre capacité de préhension forcément réduite que d'infimes parcelles.

Il serait naïf de prétendre que cette destruction tient uniquement de la nature même du Net et de son inéluctable progrès. Cette disparition virtuelle d'une grande part de ses ressources est également pensée et programmée, du moins par la négative, par les nouveaux marchands de visibilité dont nous avons montré quelques pratiques. Dans le même temps, ces technologies de référence contribuent à ce qu'Internet, média interactif par excellence, se transforme insensiblement en une logique de la passivité (push medium) plutôt qu'en une logique de l'activité (pull medium)³⁶. L'internaute n'est plus vraiment libre de surfer où il veut. Il est pris en charge et guidé, souvent à son insu, vers d'autres lieux, d'autres espaces, fréquemment commerciaux.

En conséquence, le progrès et l'utilité des nouvelles technologies telles que les moteurs de recherche, la localisation par mots clés, le cybermarketing, est à la mesure des dérives qu'elles sont susceptibles d'occasionner. Nous avons vu combien ces dérives sont déjà un terreau fertile en litiges de toutes sortes.

Si les outils juridiques existant sont suffisamment parés pour répondre à la plupart de ceux-ci, une intervention législative serait néanmoins bienvenue dans certains cas, notamment en ce qui concerne l'appropriation et le commerce de références particulièrement prisées. Ce n'est que dans un cadre législatif, voire même auto-régulateur, clair et respectueux des droits de propriété intellectuelle et d'une concurrence saine que la confiscation de la géographie d'Internet au profit de quelques opérateurs privés sera évitée.

La géographie n'est jamais neutre. Les livres scolaires de l'Allemagne nazie plaçaient leur nation au centre du monde; la méthode d'aplatissement du globe réduit l'étendue des pays du tiers monde au profit des pays industrialisés. La géographie d'Internet, par nature virtuelle et mobile, n'en est qu'à ses balbutiements mais recèle déjà son lot de manipulations. En prendre conscience est une chose, les réduire au profit de tous en est une autre.

³⁶ D. SCHILLER, Bataille mondiale pour le contrôle des réseaux", in La révolution de la communication, Manière de Voir, n° 46, Monde Diplomatique, juillet-août 99, p. 12